

# O DIREITO ALTERNATIVO OU “DIREITO DAS RUAS” À LUZ DE DOUTRINADORES EUROPEUS E BRASILEIROS

**Antonio Adelgir de Oliveira Almeida**

Bacharel em Direito.

Membro do Centro de Pesquisas Estratégicas “Paulino Soares de Sousa”, da UFJF.

Aluno da Graduação em Filosofia da UFJF.

Pós-graduado em Direito Público pelo Centro de Estudos Newton Paiva e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES.

[ant.almeida@terra.com.br](mailto:ant.almeida@terra.com.br)

*“Tanto a noção de” fins sociais quanto a de bem comum são, do ponto de vista da pragmática, noções tópicas que, no caso, devem orientar o discurso aplicativo da lei. A presença de topoi, no discurso, dão à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas.”*

*(Tércio Sampaio Ferraz Jr)*

*“Vimos que um dos elementos do mito do Estado era o dogma da completude. Entende-se como a sociologia pôde fornecer armas críticas aos juristas novos contra as várias formas de jurisprudência presas ao dogma do estatismo e da completude do direito. No final das contas, a consciência que ia se formando pelo desajuste entre Direito constituído e realidade social era ajudada pela descoberta da importância da sociedade em relação ao Estado, e encontrava na sociologia um ponto de apoio para contrastar a pretensão do estatismo jurídico”.*

*(Norberto Bobbio)*

O estudo proposto visa discutir novas questões que podem ser dadas à ciência jurídica na busca de uma melhor e justa aplicação do direito positivo, ou seja, o direito alternativo como elemento que irá preencher algumas lacunas e contradições presentes em nossa realidade jurídica.

É importante destacar a questão ora apresentada, que poderá ser vista sobre dois ângulos, mas que na realidade tem como centro da discussão a busca de uma justiça social. Numa primeira visão, vale destacar o **uso alternativo do direito**, fruto de uma concepção **européia**. Tal uso busca o ideal de justiça através de estudos inovadores desenvolvidos por alguns juízes progressistas da Itália, cuja característica é a procura da função social através do direito, deixando de lado o sistema tradicional, notadamente o que vinha ocorrendo com *a jurisprudência meramente casuística e formalista, cultora exclusiva de preceitos e brocardos, pandectológica, indiferente ao exame dos fatores sociais dos fenômenos jurídicos.*<sup>1</sup>

Partindo dessa premissa europeia do uso alternativo do direito, é prudente destacar importantes escolas como referência histórica na criação desses direitos ditos mais justos, contrapondo-se àquela de cunho Kelseniano, que exprime um *conceito geral de direito – único conceito*, mas buscando novos elementos imprimidos pelo jurista Hermann Kantorowicz expoente da Escola do Direito Livre apud FIGUEROA.

Según algunos autores, no existe um único concepto de Derecho, sino vários y el criterio de selección entre ellos debe ser um cierto principio de utilidad. Esta idea era sostenida por Hermann Kantorowicz em su célebre obra *La definición Del Derecho* y más recientemente por Carlos S.Nino. Cuando en lugar de aceptar la posibilidad de una pluralidad de conceptos y la utilidad como criterio de selección, entonces quedamos abocados al esencialismo. Aunque sea algo extenso, creo que merece la pena reproducir a continuación qué entendia Popper por esencialismo.<sup>2</sup>

Dentro desse posicionamento, e para um maior alargamento do conceito de “essencialismo” é importante atermo-nos ao que vai dizer K. Popper em sua obra “La miséria del historicismo”.

---

<sup>1</sup> Apud MAXIMILIANO, in Revista de Informação Legislativa(Brasília:212).

<sup>2</sup> Bustamante, Thomas da Rosa de. Teoria do Direito e Decisão Racional (Rio de Janeiro:199).

La escuela de pensadores que me propongo llamar *esencialistas metodológicos* fue fundada por Aristóteles, quien enseñaba que la investigación científica tiene que penetrar hasta la esencia de las cosas para poder explicarlas. Los esencialistas metodológicos se inclinan a formular las preguntas científicas en términos como “¿qué es materia?” o “¿qué es fuerza?” o “¿qué es justicia?” y creen que una respuesta penetrante a estas preguntas, que revele el significado real o esencial de estos términos y, por consiguiente, la naturaleza real o verdadera de las esencias denotadas por ellos, es por lo menos un indispensable requisito previo de la investigación científica, si no su principal tarea. *Los nominalistas metodológicos*, por el contrario, expresarían sus problemas en términos como “¿cómo se comporta este pedazo de materia?” o “¿cómo se mueve en presencia de otros cuerpos?”. Porque los nominalistas metodológicos sostienen que la tarea de la ciencia es sólo describir cómo se comportan las cosas, y sugieren que esto se há de conseguir por medio de la libre introducción de nuevos términos, cuando sea necesario, o por medio de una re-definición de los viejos términos, cuando sea conveniente, olvidando tranquilamente su sentido original. Porque consideran a las palabras meramente como útiles instrumentos de descripción.

Por outro lado, uma segunda corrente, que se inicia no Brasil a partir dos confrontos pela terra, com as comunidades “quilombolas” e Movimentos de Trabalhadores que irão buscar elementos adequados as suas realidades no **direito alternativo também chamado de “direito das ruas”**, visando uma resposta de cunho social, não àquilo a ser definido pelo magistrado, mas sim, incentivando as comunidades para que busquem através do exercício de medidas práticas a proteção de seus direitos fundamentais, notadamente, aquelas relativas aos direitos humanos e o acesso à terra.

O direito alternativo procura transformar as decisões do estado-juiz em exercício de cidadania a ser desenvolvido pelas comunidades, objetivando levantar elementos sobre determinado grupo, como seus costumes e práticas culturais, na busca de possíveis instrumentos que embasarão um futuro enquadramento “jurídico”.

No espaço brasileiro, sobressai uma corrente de operadores do direito alternativo com raízes no estado do Rio Grande do Sul, berço das questões fundiárias, que passam a fundamentar seus conceitos em teses desenvolvidas no uso alternativo do direito lançadas no continente europeu.

Essa concepção projetará para o futuro um discurso mais na linha social, e também política, do que propriamente jurídica. Assim, incorpora ao nosso pensamento o posicionamento de Cristiano Carrilho S. de Medeiros, que informa:

Em nosso país, [...] um grupo de estudos organizado por magistrados do Rio Grande do Sul, preocupados em libertar o Direito das estreitezas da dogmática, investiram-se nas prerrogativas de melhorar o alcance da lei por meio dos princípios gerais. Esse processo seria guiado pela finalidade humana, atendendo-se aos fatores sociológicos do fenômeno jurídico.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva de satisfação social, ou seja, que o alcance da satisfação jurídica seja ampliado para um maior grupo de pessoas que viviam em comunidades negras e, não eram consideradas como remanescentes das comunidades “quilombolas”, estas necessitariam demonstrar uma certa identidade para que se buscasse tratamento igualitário no acesso àquilo que tinham perdido, isto é, o acesso a terra.

Em decorrência desse estado de coisas e, sentindo a ineficácia da justiça face à influência de uma elite rural sobre as autoridades locais, a comunidade negra, carente de leis que normatizassem essa situação fundiária, vai em meados de 1993 buscar uma solução judicial para suas particularidades, isto é, buscar sua identidade negra no contexto do quilombo, através de regras recentemente criadas.

Dentro dessa linha de raciocínio, algumas sociedades alternativas vão provocar o estado no sentido de serem enquadradas no que dispõe o artigo 68 das Disposições Transitórias da Constituição Cidadã de 1988 *in verbis*:

Art.68 - Aos remanescentes das comunidades dos Quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir os títulos respectivos.

Para ilustrarmos tal situação e mostrarmos a importância do Direito Alternativo como propugnador da realização de um determinado grupo ou comunidade, insta narrarmos o acontecido com os negros de Rio das Rãs, no Estado da Bahia, que mesmo não pertencendo *a priori* ao quilombo conforme exigência constitucional acima, foram enquadrados naquele contexto, visando a satisfação de seus direitos, conforme relata René Marc da C. Silva em seus apontamentos. Assim discorre:

---

<sup>3</sup> In Revista de Informação Legislativa(Brasília:212)

Por essas vias, provocaram a interferência da Procuradoria Geral da República, sugerindo o possível enquadramento da comunidade negra em uma situação prevista pela Constituição de 1988 (o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): o de remanescentes de quilombos.<sup>4</sup>

Nessa mudança estratégica, visando beneficiar aquelas populações que ali habitavam, dependendo da terra para sua sobrevivência, o autor propõe aquilo que o Direito Alternativo propõe como soluções de cunho progressista em benefícios dos menos favorecidos. Vale reproduzir sua argumentação *in verbis*:

[...] As mudanças de eixo e direcionamento de uma luta definida originalmente como sendo de camponeses negros para uma outra que os reivindicava agora como remanescentes de quilombolas exigiram amplas iniciativas( de cada um e de todos os membros da comunidade) [...] de camponeses, sitiantes e roceiros, nos discursos dos negros sobre sua história, suas origens e sua longa permanência nas terras de Rio das Rãs – e sua transformação, no presente, para a de remanescentes de quilombolas.<sup>5</sup>

Outro aspecto relevante é pontuado em nossa legislação, pois mostrará a alguns magistrados corajosos a permissão para que decidam, em determinados casos, contra regras normativas que vão de encontro aos **princípios gerais do direito**. Com isso, a proposta alternativa vai reforçar o sentido social da legislação pátria.

Para corroborar nosso raciocínio, o eminente jurista Tércio Sampaio Ferraz Jr., em sua argumentação, apontará a presença de *topoi* ou *lugares comuns* no artigo 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, *verbis*:

Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos **fins sociais** a que ela se destina e às exigências do **bem comum**. (Grifamos).

Isso nos mostrará uma certa flexibilidade que o aplicador do direito deve ter quando a causa envolver questões notadamente almejadas por uma comunidade. E nesse contexto arremata:

---

<sup>4</sup> Revista de Informação Legislativa.(Brasília:148)

<sup>5</sup> Revista de Informação Legislativa(Brasília:148,149).

A presença de *topoi*, no discurso, dá à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas.<sup>6</sup>

Na busca da essência do direito, o Prof. Titular da Universidad de Castilla-La Mancha, **Alfonso Garcia Figueroa**, que em seus apontamentos procura destacar aspectos de ordem legal e moral em determinadas decisões, ou seja, uma dialética envolvendo os positivistas e não positivistas, ao qual denominou “paradigma PI” (positivismo versus jusnaturalismo), assevera:

Mi idea general es que en los Estados constitucionales [pero no sólo en ellos] ciertos indexicales éticos [los derechos fundamentales] comprometen el discurso institucional del Derecho con el discurso práctico general hasta tal punto que no es posible separar razonamiento jurídico y razonamiento moral, sino tan sólo establecer un mayor o menor nivel de imbricación entre ambos. Desde el momento en que los sistemas normativos que rigen en los Estados constitucionales presentan derechos fundamentales, estamos sometidos a las exigencias de justificación moral implícitas en ellos y en los conceptos morales a los que nos remiten (justicia, igualdad, dignidad) y la justificación no se puede fragmentar. No podemos justificar sólo hasta cierto punto, hasta donde nos indiquen *arbitrariamente* (i.e. injustificadamente) ciertas normas legales. La justificación se opone a la idea de arbitrariedad y es un límite a ésta. Una justificación meramente legal ajena a una justificación ulterior no sería una justificación. Esta dimensión justificatoria ha transformado profundamente nuestra concepción de Derecho. La dimensión argumentativa Del Derecho expresa así la dimensión profundamente justificatoria de los ordenamientos de los Estados constitucionales.<sup>7</sup>

Essa explicitação baseada num conceito moral vai levar à justiça, à igualdade e à dignidade presentes na ideia de direitos fundamentais defendida por uma corrente jusnaturalista, propugnada há muito por S. Tomás de Aquino. Por isso, a defesa dos

---

<sup>6</sup> Jr, Tércio Sampaio Ferraz – Teoria da Norma Jurídica (1986:23).

<sup>7</sup> Bustamante, Thomas da Rosa – Teoria do Direito e Decisão Racional. Temas de Teoria de Argumentação Jurídica(2008: 200-201).

direitos humanos numa sociedade desembocará numa convergência das doutrinas jusnaturalistas e alternativistas.

É importante destacar a fórmula de Radbruch, que colocava o direito natural acima do direito positivo, ou seja, o direito natural como um direito justo e, portanto, com característica universal. Nesse sentido, vale destacar a argumentação do professor de Heidelberg:

....o direito natural deve sempre prevalecer sobre o direito positivo.<sup>8</sup>

Isso nos leva a acreditar numa mudança dos paradigmas do positivismo, pois o importante a ser ressaltado é que nos discursos jurídicos tanto é enfocada uma argumentação com base moral como também jurídica propriamente.

É imperioso destacar, que nesse abandono de legalidade, o juiz não está legislando, e sim, na verdade, obedecendo a um comando enviado pelo legislativo, que é caracterizado pela omissão do mesmo.

Nessa linha de raciocínio vai nos remeter às recentes decisões tomadas no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, o qual com o respaldo da Constituição Federal (que prevê mecanismos alternativos), vem decidindo questões relevantes que atingem a toda sociedade em face da omissão do poder legislativo, notadamente com o tema nepotismo.

Outro assunto de grande importância que pode ser tratado por meios alternativos, isto é, através do controle popular dos mecanismos perversos perpetuados por Organismos Internacionais, que com sua omissão levaram recessão e desemprego para vários estados nacionais, fruto da atual crise financeira mundial.

No cenário nacional, vale destacar o posicionamento do ilustre processualista Alexandre Freitas Câmara que, ao abordar o tema, ressalta a importância da escola do Rio Grande do Sul na defesa de uma tese da jurisdição de equidade, tendo como líder o juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, mas também levanta alguns questionamentos acerca de um processo justo, *in verbis*:

Não se pode deixar de mencionar a existência de uma escola, batizada “do direito alternativo”, com alguma influência principalmente entre juízes do Rio Grande do Sul, que prega a transformação da jurisdição de

---

<sup>8</sup> Radbruch, Gustav – Filosofia do Direito(1974:62)

equidade em regra geral. Esta não nos parece, apesar do brilhantismo com que a posição é defendida, uma opção democrática. O Estado Democrático de Direito exige o devido processo legal, ou seja, o processo justo. Só há processo justo quando o juiz trabalha com premissas previamente estabelecidas, não podendo haver surpresas para os envolvidos no processo. Tais premissas preestabelecidas são as normas jurídicas que compõem o direito objetivo. Autorizar o juiz a julgar sempre por equidade é autorizar o juiz a surpreender as partes, dando à causa que lhe é submetida a solução que ele repete a mais justa, ainda que o seu senso de justiça seja discordante do senso comum...”<sup>9</sup>

Aspecto relevante nessa seara foi a argumentação levantada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, que em palestra organizada pela Universidade Federal de Juiz de Fora e sua Faculdade de Direito, no dia 21 de novembro de 2008, foi taxativo no sentido de que o intérprete do texto constitucional deve ser um transgressor, deixando implícita uma abertura para o operador do Direito Dogmático, o que a corrente alternativista já vinha defendendo na década de 90. Fazendo aqui o uso de suas palavras: “*O intérprete tem que ser capaz de apreender o dinamismo da vida social*”. Arrematando, em seguida: “*Para atualizar o direito é necessário transgredir os textos normativos.*”

Conclui-se que, apesar da praxe considerar o Direito Dogmático expressão do “dever ser”, este apresenta inúmeras lacunas ao responder aos anseios da sociedade moderna. Esse vazio legislativo precisa ser amparado em fórmulas alternativas.

Outro aspecto importante é a falta de controle estatal que nos leva a dizer que outros projetos ou sistemas normativos serão necessários, principalmente em países sem uma tradição jurídica eficiente.

Como precursora do **Uso Alternativo do Direito** a Escola Livre do Direito de origem europeia vai deitar as bases para o **Direito Alternativo** como propugnador, no Brasil, de uma justiça voltada para a realidade social, ou seja, procurando enfatizar uma resposta à morosidade estatal.

Uma das questões levantadas pelas vozes contrárias ao Direito Alternativo é a de este que prega a negação da lei, ao conceder ao julgador poder excessivo. Mas, na verdade, esse rompimento com o Direito Dogmático é no sentido de alcançar um maior número de pessoas desprotegidas pelas mazelas do Estado.

---

<sup>9</sup> Câmara, Alexandre Freitas - Lições de Direito Processual Civil. (2007:80)

Diante dessas ponderações, a realidade nos mostrou que o Direito Alternativo pode e deve trabalhar lado a lado com o Direito Positivo, face o mesmo ter por escopo o preenchimento das lacunas deixadas muitas vezes pelo Direito oficial quando da elaboração de suas regras. É notório e evidente que muitas vezes seus comandos estão dissociados dos aspectos legais na solução de conflitos sociais.

## **BIBLIOGRAFIA:**

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.<sup>a</sup> ed., Brasília: UNB, 1999.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional. Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. 1.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I, 16.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- JR, Tércio Sampaio Ferraz. *Teoria da Norma Jurídica*. 2.<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 5.<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Armênio Amado, 1974
- Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.38, n.149 jan./mar. 2001.
- Revista de Informação Legislativa*, Brasília a.43, n. 170 abr./jun. 2006.